Die Übernahme wegen Betruges anfechtbarer Schulden.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Georg Kroll
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bähr in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts 1863 Bd. 6.

v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895.

v. Blume, Zur Schuldübernahme. In Iherings Jahrbüchern Bd. 40.

Bolze in Gruchots Beiträgen 1902 Bd. 46.

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Leonhard. Heft 2. 1900.

Code civil annoté par Ed. Fuzier Herman. Paris 1896.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1902.

Crome, Grundzüge des französischen Obligationenrechts. Bd. 1 u. 2. 1894.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht. 1853.

Detert, Die Schuldübernahme und ihre Wirkung nach dem BGB. §§ 414 ff. Diss. Rostock 1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 1888.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Fels, Der Einredebegriff nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. Diss. Rostock 1903.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1885.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1909.

Fontheim, Das Anfechtungsrecht des bürgerlichen Rechts, insbesondere seine Übertragbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Gestaltungsrechten. 1906.

Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1898.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 1896.

Gareis, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechtes. 1908.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 4. 1796.

Gürgens in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1865 Bd. 8.

Hasse, Die Kulpa des römischen Rechts. 1815.

Hagen in Gruchots Beiträgen Bd. 52.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1900.

Hölder im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 73 u. 93.

Hölder in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 29.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Bd. 1. 1884.

Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts. Bd. 2. 1852.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Laurent, Principes de droit civil. XVIII et XIX. 1887.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1910.

Menzel, Zur Lehre von der Schuldübernahme. 1884.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1905.

Neteband, Die Einwendungen des privativen Schuldübernehmers. Diss. Leipzig 1911.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1908, Bd. 2 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 1903, Bd. 2. 1907.

Pernice in Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. 1895.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. 1904.

Regelsberger in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 39.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. 1899, Bd. 2. 1902.

Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.

Salinger in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht 1906 Bd. 28.

v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. 1864.

Scherer, Kommentar I. 1897.

Schlesinger, Die Rechtsbehelfe des Schuldübernehmers bei Anfechtbarkeit des Urschuldverhältnisses. Diss. Breslau 1911.

Schloßmann, Zur Lehre vom Zwange. 1874.

Schlottmann, Die Anfechtbarkeit nach römischem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1901.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Schreiber in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 53.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Festgabe für Koch. Berlin 1903.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 21.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. 1900.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 1861.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 1910.

Strohal, Schuldübernahme. 1910.
Suppes, Der Einredebegriff. Diss. Leipzig 1902.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910.
Türcke, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1904.
Unger, Schuldübernahme. 1889.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 1863, Bd. 3. 1876.
Wach, Der Feststellungsanspruch. 1889.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. 1 u. 2. 1894.
Zaun im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. 1903.

Einleitung.

Die Aufgabe, die wir uns gestellt haben, ist dem Gebiete der Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB.) entlehnt und beschäftigt sich mit der Frage nach der Stellung des Übernehmers, der eine Schuld aus einem nicht ehrlich abgeschlossenen Vertrage übernimmt.

Wir denken hierbei beispielsweise an den Fall, daß jemand durch Vertrag die Schuld des einen Kontrahenten aus einem Kaufvertrage übernommen hat und demnächst erfährt, daß das Urschuldverhältnis durch arglistige Täuschung des Kontrahenten seitens des Gegenkontrahenten zustande gekommen ist.

Die Frage würde dann sein: Ist der Übernehmer auf Grund des abstrakten Vertrages zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet, oder darf er seine Zahlung zurückhalten?

Voraussetzung ist hierbei natürlich, daß der Übernehmer erst nach Abschluß des Übernahmevertrages von dem Betrug Kenntnis erlangt: denn hätte er diese schon vorher besessen, so würde in dem abstrakten Übernahmevertrage ein stillschweigendes Anerkenntnis der Schuld und Verzicht auf alle Einreden zu erblicken sein.

Von den sich ergebenden theoretischen Fragen wird zunächst zu prüfen sein, ob das Anfechtungsrecht, das ja zweifellos gemäß § 123 Abs. 1 BGB. dem getäuschten Kontrahenten zusteht, als solches auch auf den Übernehmer übergeht, ferner, da nach § 417 Abs. 1 BGB. diesem alle Einwendungen des Urschuldners zustehen, welche Einreden dieser dem dolosen Rechtsgeschäft gegenüber geltend machen kann, insbesondere ob das Anfechtungsrecht eine solche darstellt, schließlich noch, ob dem Übernehmer persönlich etwa irgendwelche Einreden zu Gebote stehen.[1])

Bei der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung werden sich die aufgestellten theoretischen Fragen, die speziell für das heute geltende Recht zugeschnitten sind, nicht systematisch behandeln lassen, da die einzelnen Rechtsbehelfe in jeder Phase der Rechtsentwicklung entsprechend verschieden gestaltet waren.

Wir beginnen mit der geschichtlichen Darstellung und nehmen zum Ausgangspunkt die Stellung des Schuldübernehmers im römischen Recht.

---

[1]) Unsere Ausführungen sollen sich hierbei lediglich auf die im Gesetz geregelte privative Schuldübernahme beschränken.

I. Historischer Teil.

§ 1.

Römisches Recht.

A. Anfechtbarkeit wegen dolus.

Was wir im römischen Recht unter dolus zu verstehen haben, sagt uns l. 1 § 2 D. 4, 3: „. . . machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur“. So sagt Servius, während Labeo folgende Definition vorschlägt: „. . . dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam“.

Nach Labeos richtiger Ansicht umfaßt demnach der zivilrechtliche Begriff des dolus nicht nur den Betrug, d. h. „Vorspiegelung falscher Tatsachen“, sondern ist auch auf andere Fälle des arglistigen Verhaltens ausgedehnt;[1]) er bezeichnet „jede arglistige, unsittliche Veranstaltung zum Nachteile eines anderen“.[2])

Im alten römischen Recht war der bei Rechtsgeschäften verübte Betrug straflos und ohne jede Bedeutung. Man

---

[1]) vgl. auch l. 7 § 6, l. 18 § 5, l. 19, l. 33, l. 34 D. 4, 3, l. 10 § 6 D. 15, 3, l. 16 § 1, l. 5 § 3 D. 19, 5, l. 1 § 12 D. 39, 3.

[2]) Pernice S. 209.

erblickte in dem dolus durchaus nicht eine „entehrende Treulosigkeit“, sondern vielmehr einen „hübschen Streich der Findigkeit“. Der Betrogene allein hatte sich Vorwürfe zu machen, daß er bei Abschluß des Vertrages nicht findiger zu Werke gegangen war.[3])

Nur in ganz krassen Fällen bot das alte Recht dem Verletzten Schutz. Dernburg[4]) zählt als solche auf:

1. den Schutz der Minderjährigen durch die lex Plaetoria (l. 7 § 1 D. 44, 1) und

2. das Edikt gegen denjenigen, „qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur“ (l. 7 pr. D. 27, 6).

Ein Umschwung in den Verhältnissen trat ein, als mit dem Fortschritt in der Kultur ein feineres Volksempfinden Platz griff und infolge der raschen Entwicklung des Verkehrs die Rechtsgeschäfte nicht mehr in der feierlichen öffentlichen Form, sondern mehr privat und weit zahlreicher abgewickelt wurden als bisher. Nunmehr war auch ein Schutz durch die Gesetze geboten, sollten den Betrügereien und hinterlistigen Übervorteilungen nicht Tür und Tor geöffnet werden.

Die erste Phase in der Entwicklung der Rechtsbehelfe gegen den dolus bildete die clausula doli: — dolum malum abesse afuturumque esse —, die gewohnheitsgemäß an die Stipulationen angehängt wurde.[5]) Die Klausel stellt sich als ein „Bestandteil des Rechtsgeschäfts dar,

---

[3]) Girard S. 458.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 104 Anm. 2.

[5]) Pernice S. 164 ff.

das in seiner Gesamtheit unter ihren Einfluß gestellt wird". Der Zweck der Dolusklausel ist Abwehrung des dolus „bei Eingehung und bei Geltendmachung der Stipulation". Später, zur Zeit Hadrians, hatte die Klausel die Bedeutung, „daß sie alle nicht besonders bei der Kontraktsberedung vorgesehenen Fälle umfaßte, also jedes Handeln gegen den Geist der Vereinbarung getroffen wurde". Sie versetzte den iudex in die Lage, „mehr auf den Sinn als auf den Wortlaut Gewicht zu legen, also nach der bona fides dabei zu Werke zu gehen". Gleichwohl kann hierbei von einer Identifizierung der mit der Klausel versehenen Stipulationen und der bonae fidei-Verträge nicht die Rede sein, da der Richter bei ersteren durch den Wortlaut immerhin gebunden war.[6])

Nach der clausula doli wurden sodann als prätorische Rechtsmittel die actio de dolo und die exceptio doli geschaffen, die in der restitutio in integrum noch eine Ergänzung erhielten.

Wann und in welcher Reihenfolge die einzelnen Rechtsmittel entstanden sind, ist nicht hinreichend festgestellt. Das Richtige ist wohl, daß zuerst die actio doli geschaffen worden ist, und zwar, wie allgemein angenommen wird, von dem Prätor Aquilius Gallus, der im Jahre 688 v. Chr. das Prätorenamt bekleidete, und erst nachher, wenn auch nur kurze Zeit später, die exceptio doli eingeführt wurde.[7])

---

[6]) Pernice S. 168.

[7]) Pernice S. 197 ff.; Girard S. 458 u. Anm. 3.

Was die in integrum restitutio angeht, so sind „die einzigen praktischen Anwendungsfälle, die man von ihr trifft, Fälle von dolus im Prozeßverfahren".[8]) Ihr Anwendungsgebiet ist also stets ein engbegrenztes geblieben, zudem reicht sie auch in ihren Anfängen nicht weiter als in die Hadrianische Zeit zurück.

Die actio doli charakterisiert sich als eine nur gegen den Urheber des dolus gerichtete und wegen ihrer infamierenden Wirkung nur subsidiär anwendbare Arbitrarklage. Aus ihrer Subsidiarität ergibt sich, daß sie nur mangels jeden anderen Rechtsmittels Platz greift. Andrerseits soll sie aber wiederum schon da gegeben sein, „wo es auch nur zweifelhaft ist, durch welche Klage der Anspruch geltend gemacht werden könne".[9]) Im allgemeinen steht sie bei stricti iuris negotia dem betrogenen Gläubiger uneingeschränkt zu, nicht jedoch dem Schuldner, der ja in der exceptio einen hinreichenden Schutz findet. Wird der Schuldner, der sich unter dem Einflusse von Hinterlist und Betrug gebunden hat, aus dem Vertrage in Anspruch genommen, so gewährt ihm der Prätor die exceptio doli, die freilich das Unbequeme hatte, daß sie stets besonders beim Prätor beantragt und von diesem in die formula eingerückt werden mußte (l. 4 § 33 D. 44, 4).

Bei den bonae fidei negotia versagt die actio doli stets, denn die hintergangene Partei ist hier durch das Ver-

[8]) Girard S. 458 Anm. 3.

[9]) Pernice S. 204.

tragsrecht selbst genügend gesichert. Es bieten sich ihr nämlich folgende beiden Möglichkeiten: Entweder erhebt sie selbst die eigene Vertragsklage, oder sie läßt den Vertrag völlig unbeachtet und wartet ab, bis sie mit der Klage aus dem Vertrage belangt wird[10]) (D. 4, 3 de dolo malo 9 pr. 7, 3). Hierbei erübrigt es sich nach dem Grundsatze: Iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem, — eine exceptio in die Formel einzuschalten; der iudex wurde ja bei jeder aus einem bonae fidei-Vertrage entspringenden Klage vor die Frage gestellt, was nach Treu und Glauben von den einzelnen Parteien geschuldet werde; der Betrogene hatte daher nur nötig, das betrügerische Handeln seines Kontrahenten im Prozeß vorzubringen, worauf dessen Abweisung erfolgen mußte.

Hervorgehoben sei noch, daß die actio doli wegen ihrer infamierenden Wirkung in gewissen Fällen, z. B. gegenüber Respektspersonen (patronus, pater), versagte; an ihre Stelle trat sodann eine der Infamie entbehrende actio in factum (l. 1 § 1 D. 4, 3).

Wie wir gesehen haben, bediente sich das römische Recht ausschließlich prozessualer Akte, um die Anfechtung durchzuführen.

Für uns ist von besonderem Interesse nur die exceptio doli, die ja, solange noch nicht erfüllt ist, als Abwehrmittel gegenüber einer actio auf Leistung gegeben

---

[10]) Girard S. 503.

ist. Wir wenden uns im folgenden der Frage zu, ob diese exceptio überhaupt übertragbar ist, insbesondere ob sie für den Fall einer Schuldübernahme auch dem Übernehmer zusteht.

B. Übergang der exceptio doli überhaupt, insbesondere auf den Schuldübernehmer.

In l. 7 pr. D. 44, 1 finden wir die Bestimmung: „Exceptiones, quae personae cuiusque adhaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem ‚quod facere possit', vel parens patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datur in solidum dotis nomine condemnetur".

Welche Exzeptionen im einzelnen zu den „personae cohaerentes" gehören und darum von der Übertragbarkeit ausgeschlossen sind, das zu untersuchen soll nicht unsere Aufgabe sein. So viel steht fest, daß die exceptio doli nicht hierunter fällt. Dafür spricht l. 7 § 1 D. 44, 1: „Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est".

Allerdings finden sich in den Digesten Stellen, in welchen die exceptio doli als persönliche bezeichnet wird (l. 2 § 1 D. 44, 4; l. 4 § 33 D. 44, 4). Demgegenüber ist aber von Windscheid[11]) darauf hingewiesen worden, daß die Quellen in den genannten Stellen für die ex-

[11]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 332 Anm. 5.

ceptio nur darum die Bezeichnung „persönliche“ wählen, um damit anzudeuten, daß „sie nicht gegen den unschuldigen Dritten, welchem der Betrug zugute gekommen ist, gegeben wird“.[12]) Wir halten also daran fest, daß die exceptio doli auch auf andere übergehen kann.

Steht sie auch dem Schuldübernehmer zu?

Zur Entscheidung dieser Frage müssen wir auf den Begriff der römischen Schuldübernahme, besser gesagt, deren Surrogate etwas näher eingehen, denn eine solche mittels Sukzession in die alte Schuld ist nach römischen Begriffen etwas durchaus Unmögliches, da man dort starr „an der Höchstpersönlichkeit des obligatorischen Nexus festgehalten hat“.[13]) Diesen Grundgedanken finden wir klar und deutlich ausgesprochen in l. 11 D. 44, 7: „Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus“.

Den Hauptersatz für unsere heutige Schuldübernahme fand man in Rom in der Form der Novation, und zwar Expromission, sofern das Novationsversprechen ohne Wissen und Willen, Delegation, wenn es auf besondere Weisung des bisherigen Schuldners erfolgte.[14])

---

[12]) vgl. auch Windscheid, Die actio S. 175; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 575 S. 115.

[13]) Unger a. a. O. S. 10.

[14]) v. Blume S. 48; Gürgens S. 233; v. Salpius S. 351.

Ein weiteres, jedoch selteneres Surrogat bildete die „Litiskontestation mit dem in rem suam auftretenden Vertreter des Schuldners“.

Trat nun ein solcher Prokurator, oder besser gesagt, defensor auf, so verfocht er natürlich eine fremde Schuld, vorläufig ja nur als bloßer Stellvertreter. Es standen ihm damit auch alle Einreden aus dem alten Schuldverhältnis zur Seite. Erfolgt war der Eintritt des neuen Schuldners erst mit der Litiskontestation, durch welche die alte obligatio konsumiert wurde und eine neue an deren Stelle trat. Mit der Litiskontestation wurde der Vertreter zur Partei, und die actio iudicati ging gegen ihn.[15])

Wie stand es nun mit den Einreden bei der Novation?

Die Novation ist ein in Form der Stipulation abgeschlossener Vertrag, demzufolge an Stelle der vordem bestehenden obligatio eine ganz neue eintrat, die nur „ihren Vermögensstoff aus der alten“ entnahm.[16]) Das alte Schuldverhältnis ist also völlig erloschen. Das gleiche müßte man naturgemäß von den Einreden erwarten. Diese Ansicht wird auch uneingeschränkt vertreten von Gürgens.[17]) Sie wird jedoch nicht allgemein anerkannt. Man hat vielmehr einen Unterschied gemacht zwischen der sogen. reinen oder untitulierten und der titulierten Novation und Expromission, wobei bei der letzteren die Möglichkeit gegeben war, das Urschuldverhältnis

---

[15]) v. Blume S. 49, 53.

[16]) Gürgens S. 233.

[17]) Gürgens S. 240.

in die Novationsstipulation mit aufzunehmen und dadurch die Einreden aus der novierten alten Schuld zu erhalten.[18])

Es soll damit nun nicht etwa gesagt sein, daß für diesen Fall die alte Schuld bestehen blieb. Sie wurde gleichfalls wie bei der nichttitulierten Novation vernichtet, was sich aus der Beendigung des Zinsenlaufes und dem Wegfall von Bürgen (l. 4 C. 8, 40) und Pfändern (l. 18 D. 46, 2) klar ergibt.

Für die reine Novation jedenfalls nahm man konsequenterweise völligen Untergang aller Einreden an.

Wir erhalten also als Ergebnis für das römische Recht, daß die exceptio doli dem Schuldübernehmer im Falle der defensio in rem suam ausnahmslos, für den Fall der Novation aber nur dann zusteht, wenn es sich um eine titulierte Novation handelt.

Als hierauf im Justinianeischen Prozeß die Litiskontestation ihre novierende Kraft verloren hatte, war die defensio zu Schuldübernahmezwecken auch nicht mehr geeignet, von Bedeutung war daher nur noch die Novation.

§ 2.

Gemeines Recht. — Die verschiedenen Theorien.

Das gemeine Recht hat im allgemeinen diese römischrechtlichen Grundsätze übernommen. Nur der Unterschied

---

[18]) Regelsberger S. 469; Unger S. 20; v. Salpius S. 355 ff.; Schlesinger S. 53; Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 378.

zwischen bonae fidei und stricti iuris negotia hatte an Bedeutung wesentlich verloren, da alle Verträge, die in späterer Zeit geschlossen wurden, bonae fidei waren.[1])

Bezüglich der Wirkung des dolus auf bonae fidei negotia jedoch hatte sich in der gemeinrechtlichen Doktrin eine wichtige Streitfrage erhoben. Man hat einen Unterschied gemacht zwischen dolus causam dans, „wenn ohne den Betrug das Geschäft nicht abgeschlossen wäre", und dolus incidens, „wenn der Betrug nur einzelne Modalitäten des Geschäfts herbeiführte".[2]) Bei ersterem sollte das Rechtsgeschäft ohne weiteres nichtig, bei letzterem bloß anfechtbar sein. Manche Autoren[3]) nehmen sogar völlige Gleichwirkung beider Dolusarten zugunsten der Nichtigkeit an. Als Hauptbeweismittel für die Nichtigkeit bei dolus causam dans wird angeführt l. 7 pr. D. 4, 3. Vangerow[4]) weist mit Bezug auf diese Stelle nach, daß es sich hier nur um einen ausschließlich von einem verkauften Sklaven, also einem Dritten, und nicht einer Vertragspartei ausgehenden Betrug handelt, mithin also ein Beweis für das Nullitätssystem nicht erbracht werde; denn dieses setzt voraus, daß der Betrug von einem Kontrahenten verübt sei. Da aber auch der Betrug eines Dritten nicht ohne weiteres den Vertrag nichtig mache, könne die genannte Stelle nur den Sinn haben, daß

---

[1]) Glück a. a. O. S. 127.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 104 Anm. 8.

[3]) vgl. die bei Glück, Pand. Bd. 4 S. 115 Anm. 8 Genannten.

[4]) Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 277 ff.

Nichtigkeit infolge eines wesentlichen Irrtums anzunehmen sei. Als Beweise für die volle Gültigkeit des Vertrages führt Vangerow an, daß die so entstandene Forderung wirksam noviert werden kann (l. 19 D. 46, 2), ferner daß der Betrüger selbst an den Vertrag gebunden ist, wenn ihn der Verletzte bestehen lassen will.[5])

Verworfen wird das Nullitätssystem ferner von Bruck,[6]) Dernburg[7]) und Windscheid,[8]) die einen Betrug ebenfalls nur Anfechtbarkeit begründen lassen wollen.

Das Hauptschutzmittel des Betrogenen bildete auch in dieser Zeit immer noch die exceptio, die in derselben Weise wie im römischen Recht auf den Schuldübernehmer überging. Die gemeinrechtliche Theorie stand zu sehr unter dem Einfluß der römischrechtlichen Ideen, als daß ein anderer Rechtsgedanke sich frühzeitig hier hätte Bahn brechen können. Die römischen Grundanschauungen haben sich daher auch bis gegen das Ende des gemeinen Rechts aufrechterhalten.

Ein wesentlicher Umschwung trat erst ein mit der vielgenannten Schrift Delbrücks: „Die Übernahme fremder Schulden“, der das Prinzip der Sukzession zum erstenmal mit aller Entschiedenheit verfocht. Die Delbrücksche Anregung hat nun in der Folgezeit zu den

---

[5]) Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 276.

[6]) Bruck S. 35.

[7]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 241 Anm. 8.

[8]) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 404.

verschiedensten Konstruktionen der Schuldübernahme Anlaß gegeben, die natürlich auch auf den Verbleib der ursprünglichen Einreden nicht ohne Bedeutung geblieben sind. Wir werden im folgenden, soweit es für unseren Zweck erforderlich erscheint, die einzelnen Theorien kurz zu streifen haben.

Delbrück hat vor allen Dingen, wie bereits hervorgehoben, dem Sukzessionsprinzip zum Siege verholfen. Er nimmt ein Einrücken des Übernehmers in die alte Schuld an, aber nur in diese, nicht etwa auch in die obligatio.[9]) Das Dogma von deren Unübertragbarkeit wagte er doch noch nicht anzutasten, dazu stand er selbst noch zu sehr unter dem Einflusse der jahrhundertelangen Theorie. Was jedoch die „Schuld" als solche angeht, desgleichen die „Forderung", so sind diese „Gegenstände des Verkehrs und unterliegen als solche im vollen Sinne des Wortes der Veräußerung".[10]) Die Schuld ist nicht ein Abstraktum, sondern eine „individuell bestimmte, konkrete Sache".[11]) Daraus folgert Delbrück weiter, daß die Einreden, soweit sie überhaupt übertragbar sind, auch auf den Übernehmer übergehen, denn sie sind nicht „für sich bestehende Rechte des Schuldners, welche einen besonderen Bestandteil seines Vermögens" darstellen, sondern „Qualitäten der Schuld".[12]) Darum läßt er auch alle

---

[9]) Delbrück S. 10.

[10]) Delbrück S. 11/12.

[11]) Delbrück S. 108.

[12]) Delbrück S. 109.

Einreden mit Ausnahme der rein prozessualischen übergehen. Es scheidet ferner aus das dem Urschuldner zustehende beneficium competentiae, da für dieses nicht „das Vermögen des Übernehmers, sondern das des Schuldners den Ausschlag geben" muß. Besonders hervorgehoben dagegen wird von Delbrück der Übergang der exceptio doli und pacti de non petendo auf den Übernehmer.

Scharf bekämpft wird Delbrück von Gürgens, wie ja überhaupt seine Lehre heftigen Anfeindungen ausgesetzt war.

Gürgens[13]) betont vor allem den Eintritt des Übernehmers in das obligatorische Verhältnis des Schuldners und verwirft die Ansicht, daß alle Einreden sich als „Qualitäten" der Schuld darstellen.[14])

Bezüglich der Einreden will er einen Unterschied machen zwischen solchen, die „auf einem entweder schon vor oder erst nach der Entstehung der Forderung begründeten besonderen Rechte des Beklagten beruhen",[15]) und solchen, „deren Grund schon in der Entstehung der Forderung liegt, wo also der Beklagte seine Nichtverbindlichkeit auf die Beschaffenheit des Forderungsrechtes an sich gründet". Erstere sollen nur dann übergehen, wenn sie einmal überhaupt übertragbar und zweitens im Verhältnis zur Schuld akzessorische Rechte sind. Zu den

---

[13]) Gürgens a. a. O. S. 298.

[14]) Gürgens S. 301 Anm. 2.

[15]) Gürgens S. 299ff.

unübertragbaren rechnet Gürgens die, welche sich an die „ganz bestimmte Individualität" des Schuldners anknüpfen, also die sich aus dem beneficium competentiae ergebenden, dann die den Gerichtsstand angehenden und die aus einem Indult entspringenden Einreden. Zu den Einreden akzessorischer Natur gehören die, welche „auf Rechten beruhen, die nur mit der bestimmten Schuld und allein für diese bestehen". Obengenannte letztere Einreden, zu denen die exceptio doli, metus, SC. Macodoniani etc. gehören, gehen stets über; das ergebe sich daraus, daß das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Übernehmer genau dasselbe sei wie gegen den Urschuldner.

Auch Unger[16]) läßt alle Einreden auf den Übernehmer übergehen mit Ausnahme der sich „bloß auf die bestimmte Person des alten Schuldners" beziehenden.

Eine ganz eigenartige Auffassung der Schuldübernahme und damit auch des Schicksals der Einreden wird von Bähr[17]) vertreten. Er konstruiert die Schuldübernahme als einfaches Zahlungsversprechen des Übernehmers, das dem Schuldner ein Klagerecht auf Leistung gegen diesen gebe. Aus der in dem Übernahmevertrage liegenden stillschweigenden Ermächtigung des Gläubigers will Bähr auch diesem ein Klagerecht gegen den Übernehmer erstehen lassen.[18]) Infolge dieser sonderbaren Konstruktion

[16]) Unger a. a. O. S. 13 u. 30 Anm. 52.

[17]) Bähr a. a. O. §§ 11—13.

[18]) Bähr S. 172 ff.

kommt Bähr zu dem höchst merkwürdigen Ergebnis, daß der Übernehmer wohl die Einreden geltend machen kann, die ihm gegen den Schuldner, nicht jedoch solche, die diesem gegen den Gläubiger zustehen; dies als unabweisbare Folge davon, daß der Gläubiger ja nur Rechte des Urschuldners geltend mache.[19])

Zaun[20]) will in der Übernahme nichts anderes als eine Zession erblicken, die mit der erfolgten Genehmigung des Gläubigers perfekt werde. Da in der Übernahme aber nicht eine Anerkennung der Schuld enthalten sei, verbleiben dem Übernehmer auch die Einreden des Schuldners gegen die Forderung.[21])

Beide Konstruktionen sind jedoch in der Theorie und Praxis als unhaltbar verworfen worden.

Auf dem Grundsatz der Passivsukzession steht auch Menzel,[22]) nur schlägt er eine andere Richtung ein, indem er die Schuldübernahme als „sinngemäße Fortbildung" der römischen Delegation bezeichnet. Hinsichtlich der Einreden wendet er sich entschieden dagegen, daß sie Mängel oder Qualitäten der Schuld darstellen. Die prozessuale Verteidigung könne vor allem die Behauptung enthalten, daß das klägerische Recht überhaupt nie entstanden sei. Eine solche rechtshindernde Tatsache könne der Übernehmer mit demselben Recht vorschützen wie der

---

19) Bähr a. a. O. S. 176.

20) Zaun a. a. O. S. 113 ff.

21) Zaun a. a. O. S. 121.

22) Menzel S. 51/52.

Urschuldner, doch sei es nicht gut angängig, es eine Qualität der Schuld zu nennen, daß sie nie zustande gekommen sei. Ein gleiches gelte auch von den sogen. rechtsvernichtenden Tatsachen. Die Einreden im technischen Sinne, soweit sie auf besonderen entgegenstehenden Rechten des Schuldners beruhen, wie z. B. die Einwendung der Kompensation, seien nur auf Grund besonderer Abtretung verwendbar, sie seien nicht Mängel der Schuld.

Windscheid,[23]) der die im allgemeinen herrschende Ansicht vertrat, läßt die Schuld auf den neuen Erwerber so übergehen, „wie sie beim alten Schuldner war. Sie geht also über mit ihren Einreden; ausgenommen sind bloß diejenigen, welche sich nur auf diese bestimmte Schuldnerperson, nicht auf die Schuld als solche beziehen".

Der letzte, der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches der Schuldübernahme eingehende Betrachtungen gewidmet hat, und dessen Theorie auch die vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommene ist, ist wohl v. Blume gewesen.

„Der neue Schuldner leitet den Tatbestand der bestehenden Obligation auf sich hinüber." [24]) Daraus folge auch für die Einreden aus dem alten Tatbestande ihre Fortexistenz. Doch kann sich v. Blume mit diesem Ergebnis nicht ganz einverstanden erklären, er findet hierbei den „rein formalen Gesichtspunkt" zu stark hervorgekehrt. Gänzlich unvereinbar sei das Resultat mit der Ansicht

---

[23]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 339.

[24]) v. Blume S. 121 ff.

derer, die in der exceptio genau so wie ehedem in Rom „ein Recht des Schuldners zur Abwehr“ sehen, das „also doch den Tatbestand der Forderung nicht berührt“. Er will demnach andere Gesichtspunkte für die Forterxistenz der Einreden bestimmend sein lassen. Zunächst unterscheidet er zwischen rechtsvernichtenden und rechtsverfolgenden Einreden, von denen er naturgemäß erstere ohne weiteres dem Übernehmer zuspricht. Eine Gewährung der letzteren habe das Bedenken, daß damit ein Eingriff in die Rechte des Urschuldners zu leicht möglich sei, ein Übergang sei daher nur zu billigen auf besondere Ermächtigung des Urschuldners, und wenn dieser an der Wahrung seiner Rechte durch den Übernehmer interessiert sei. Eine weitere Einteilung macht v. Blume hinsichtlich der rechtsverfolgenden Einreden, indem er hier zwischen negativen und positiven Rechten unterscheidet. Letztere — exceptio compensationis, non adimpleti contractus, Retentionseinrede — müßten, da sie stets einen Eingriff in die Rechte des Schuldners voraussetzten, dem Übernehmer fast ausnahmslos versagt bleiben. Dem Übergang der negativen Rechte — exceptio metus, doli specialis — stehe an sich nichts entgegen, abzusprechen dagegen seien auch sie dem Übernehmer, sofern es sich um ein wechselseitiges Rechtsverhältnis handle, aus dem sich also auch für den Urschuldner Forderungen ergeben können; sonst werde dieser ja um seine Rechte gebracht.

Das etwa ist das Bild, welches sich am Ausgang des gemeinen Rechts darbot. Ein Durcheinander der

verschiedensten Anschauungen, deren keine eine wirklich ausschlaggebende Bedeutung hatte, da es an einer gesetzlichen Kodifikation vollkommen fehlte. Das Bürgerliche Gesetzbuch endlich hat diesen Mißständen ein Ende gemacht dadurch, daß es in klarer Weise die Passivsukzession anerkannte und in einem besonderen Paragraphen auch über das Schicksal der Einreden entschied, indem es bestimmte, daß dem Übernehmer alle Einwendungen des Urschuldners gegen den Gläubiger aus dem bisherigen Rechtsverhältnis zustehen (§ 417 Abs. 1).

§ 3.

Regelung des allgem. Landrechts.

Im allgem. Landrecht war die Wirkung des dolus auch nur bloße Anfechtbarkeit. Das ergibt sich aus I, 5 § 349:

„Jeder Betrug, wodurch jemand zur Errichtung eines Kontrakts verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen",

und I, 5 § 350:

„Er kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben und nur den Ersatz des durch den Betrug ihm verursachten Schadens fordern".

Will der Betrogene nun von dem Vertrage abgehen, so kann er dies durch Klage bezw. Einrede tun.[1])

---

[1]) Förster-Eccius a. a. O. S. 163.

Die Einreden im allgemeinen sind übertragbar und gehen auf den Rechtsnachfolger dessen, dem sie früher zustanden, über.[2])

Für die Frage, ob auch dem Schuldübernehmer die Einreden des Urschuldners zustehen, müssen wir zunächst einmal festhalten, daß dem allgem. Landrecht bereits eine Sondernachfolge in die Schuld bekannt war, was auf deutschrechtliche Einflüsse zurückzuführen ist.

Die in I, 14 § 399 gebrauchte, gänzlich irreführende Bezeichnung Expromission hat mit dem römischrechtlichen Institut nicht das geringste zu schaffen, denn dieses vernichtete das alte Schuldverhältnis völlig und setzte an dessen Stelle ein ganz neues, während die Expromission des allgem. Landrechts dieses abgesehen von dem Personenwechsel gänzlich unverändert läßt; sie stellt sich dar als eine „Sukzession in die Schuldverbindlichkeit des abtretenden Schuldners“.[3])

Als praktische Folgen dieser Auffassung nennt Koch[4]) das Fortbestehen der alten Modalitäten sowie der akzessorischen Rechte und den Übergang der aus dem Schuldverhältnis selbst dem Schuldner entspringenden „Rechtswohltaten und Ausflüchte“ auf den Übernehmer. Letzteres gelte jedoch nicht uneingeschränkt, da in vielen Fällen in der unbedingten Übernahme der Schuld ein

---

[2]) Förster-Eccius a. a. O. S. 271.

[3]) Koch, ALR. Bd. 2 S. 261; vgl. dazu auch E. d. OTr. Bd. 19 (1850) Nr. 24 S. 199.

[4]) Koch, Pr. PrivR. S. 188/89.

Anerkenntnis liegen dürfte. Werden die Einreden ausgeschlossen, so sei der Grund hierfür aber nicht etwa in einer Novation, sondern in einem Anerkenntnis zu suchen.

Im Prinzip sind also die Einreden, auch die exceptio doli, hier dem Übernehmer gegeben.

Eine Schuldübernahme war auch in anderer Weise, nämlich in Form einer Anweisung, Delegation, möglich. I, 16 § 264 sagt: „Tritt bei einem solchen Geschäft, wo der Angewiesene den Anweisenden völlig entläßt und statt seiner den Assignaten zum Schuldner annimmt, auch die Einwilligung des Assignaten hinzu: so ist eine Delegation vorhanden“.

Erforderlich ist hierbei also die Mitwirkung aller drei Interessenten. Das allgem. Landrecht hat ja freilich bei dieser Bestimmung nur an die Gläubigersukzession gedacht. Der Angewiesene sukzediert in die Forderung des Anweisenden gegen den Assignaten. Doch kann eine solche Forderung ja auch gänzlich fehlen, und trotzdem wäre eine Anweisung möglich; in diesem Falle läßt Förster-Eccius[5]) den Assignaten in die Schuld des Anweisenden einrücken.

Bezüglich der Einreden ist hier der Neuschuldner nicht so günstig gestellt wie bei der obenerwähnten Expromission. Sie stehen ihm nicht zu, denn es würde dies gegen die Absicht der Parteien verstoßen, da das Geschäft

---

[5]) Förster-Eccius a. a. O. S. 682; vgl. auch Koch, Pr. PrivR. S. 187.

„ja gerade bezweckt, den Schuldner von der als wirksam anerkannten Schuld durch anderweite Zufriedenstellung des Gläubigers zu befreien“.[6])

§ 4.

Standpunkt des code civil.

Im französischen Recht begründet der Betrug in der Regel auch nur Anfechtbarkeit.[1])

„Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoevres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoevres l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116).

Der Grad des erzeugten Irrtums ist hierbei gleichgültig, das Gesetz erfordert aber einen dolus, qui dedit causam contractui, ein dolus incidens begründet nur einen Anspruch auf Entschädigung.[2])

Zur Entkräftung eines dolosen Rechtsgeschäftes gibt das Gesetz eine Anfechtungs*klage* (Art. 1304), welche zur Folge hat, daß der ganze Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen ist.[3]) Diese Klage steht nicht nur dem jedesmal Verletzten zu, sie ist ihrer Natur nach auch über-

---

[6]) Koch, Pr. PrivR. S. 187; vgl. auch Förster-Eccius S. 683.

[1]) Zachariae-Crome Bd. 1 § 129, Bd. 2 § 323, 6.

[2]) Zachariae-Crome Bd. 2 § 323 Anm. 25.

[3]) Zachariae-Crome Bd. 1 S. 363; Laurent XIX §§ 51 ff., 72.

tragbar, geht demnach auf den Erben und auch auf den Rechtsnachfolger über.[4])

Die Anfechtung beschränkt sich aber nicht nur auf den Weg der Klage, sie ist vielmehr auch einredeweise möglich, freilich nur in der Art, daß durch die Geltendmachung einer solchen Einrede bloß der gegnerische Anspruch abgewiesen, nach den Grundsätzen der Rechtskraft jedoch nicht ein positiver Ausspruch der Ungültigkeit für den Beklagten herbeigeführt wird.[5])

Stehen die genannten Rechtsbehelfe auch dem Schuldübernehmer zu?

Da der code civil vollkommen auf römischem Boden fußt, ist ihm ein so entwickelter Schuldübernahmebegriff, wie wir ihn haben, unbekannt, das Mittel, dessen man sich bedient, ist auch hier die Novation.

Art. 1271 sagt:

„La novation s'opère de trois manières.“ Von diesen interessiert uns nur die eine: „Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier“.

Der Schuldnerwechsel kann sich nun wieder in zweierlei Weise vollziehen, in Form der Passivdelegation und der Expromission. Erstere ist „la délegation, par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur, qui s'oblige envers le créancier“ (art. 1275). Es

---

[4]) Zachariae-Crome Bd. 2 S. 384.
[5]) Zachariae-Crome Bd. 2 S. 380 Anm. 1.

muß aber hier ausdrücklich der Urschuldner von dem Gläubiger freigegeben werden, widrigenfalls er weiter verhaftet bleibt. Expromission ist die Übernahme ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners (Art. 1274). Dieser wird dadurch ohne weiteres frei.

Herman[6]) bemerkt zur Novation: „La novation n'est autre chose que le remplacement d'une dette primitive qui s'éteint par une dette nouvelle qui prend naissance". Die Folge ist demnach auch hier völliges Erlöschen der ursprünglichen Verbindlichkeit.[7])

Was das Schicksal der Einwendungen angeht, so sollen diese nicht ihre Geltung verlieren, man nimmt vielmehr analog der römischen titulierten Delegation an, daß der Neuschuldner sich abgesehen von den rein persönlichen auf „die der alten Forderung inhärierenden Einreden berufen" könne.[8])

Kann auch die Klage aus Artikel 1304 dem Übernehmer nicht zugebilligt werden, da von einer „Rechtsnachfolge" bei der Novation füglich nicht die Rede sein kann, so wird man ihm doch die Einrede zugestehen müssen; ein Grund, ihr die Natur der Übertragbarkeit abzusprechen, liegt jedenfalls nicht vor, da doch im Prinzip die auf demselben Rechtsgedanken beruhende Anfechtungsklage von einem Übergang nicht ausgeschlossen ist.

---

[6]) Hermann a. a. O. § 1271.

[7]) Laurent XVIII, 242.

[8]) Zachariae-Crome Bd. 2 S. 355; Crome Bd. 2 § 26 N. 16.

Zweiter Teil.

Heutiges bürgerliches Recht.

Wir wenden uns im folgenden Abschnitt dem modernen bürgerlichen Recht zu und werden hierbei, wie wir bereits oben hervorgehoben haben, festzustellen haben, ob das Anfechtungsrecht ipso iure auch dem Nachfolger des ursprünglich Berechtigten zusteht, eventuell, falls wir hierbei zu einem befriedigenden Ergebnis nicht gelangen, weiterhin prüfen müssen, ob vielleicht das Anfechtungsrecht sich als Einwendung im Sinne des § 417 BGB. charakterisiert und auf diesem Wege dann auch auf den Übernehmer übergeht.

§ 1.

Steht das Anfechtungsrecht des Urschuldners ipso iure auch dem Übernehmer zu?

Die Motive[1]) sagen uns, daß anfechtungsberechtigt derjenige sein soll, zu dessen Schutz die Entkräftung des Geschäfts zugelassen ist. Das wird in der Regel der sein, welcher das anfechtbare Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Nur ausnahmsweise hat ein anderer als der, welcher die

[1]) Mot. Bd. 1 S. 221.

anfechtbare Erklärung abgegeben hat, das Recht der Anfechtung, nämlich dann, wenn einem Dritten die Bestimmung einer Leistung anheimgegeben ist und dieser durch Irrtum, arglistige Täuschung oder Zwang dabei beeinflußt worden ist; in diesem Falle ist der betroffene Kontrahent berechtigt (§ 318 BGB., vgl. auch §§ 2080, 2341 BGB.).

Wie steht es nun aber, wenn an die Stelle des ursprünglich Anfechtungsberechtigten eine andere Person tritt?

Allgemein anerkannt ist der Übergang des Anfechtungsrechts beim Erben, denn dieser setzt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fort.[2] Das Gesetz hat zwar nicht ausdrücklich die Vererblichkeit des Anfechtungsrechtes angeordnet. Es ergibt sich dies aber konstruktiv daraus, daß in den für den Lauf der Anfechtungsfrist gegebenen Vorschriften auf die Bestimmung des § 207 BGB. über die Verjährung eines zu einem Nachlaß gehörenden Anspruchs verwiesen ist.[3]

Weit bestrittener ist der Übergang, sofern es sich um eine Sondernachfolge handelt. Die Meinungen gehen hier sehr auseinander.

Fontheim[4] will, da das Anfechtungsrecht zu den Eingriffsrechten gehört, demnach die Rechte Dritter berührt, in jedem einzelnen Fall feststellen, wer das Ver-

---

[2] Bruck a. a. O. S. 50; Fontheim a. a. O. S. 63 ff.

[3] Fontheim a. a. O. S. 63.

[4] Fontheim a. a. O. S. 61.

fügungsrecht über die Rechte hat, die von einer Anfechtung betroffen werden.

Von dieser Voraussetzung ausgehend, will auch Salinger[5]) dem Mitübernehmer das Anfechtungsrecht stets zukommen lassen, da er „ebensoweit Herr des Schuldverhältnisses ist wie der Urschuldner selbst".

Grundsätzlich gegen den Übergang des Anfechtungsrechtes erklärt sich Schollmeyer,[6]) da „doch nur der Betrogene, der sich Irrende, kurz derjenige, in dessen Person der Anfechtungsgrund sich ereignete, anfechtungsberechtigt" sei. Unterstützung erhält er von Crome.[7])

Seckel[8]) führt uns an praktischen Beispielen den jedesmaligen Übergang bezw. Nichtübergang vor Augen. Er konstruiert zunächst den Fall, daß der Verkäufer, der bereits erfüllt hat, vor Kenntniserlangung des Anfechtungsgrundes seine Forderung zediert. Das Anfechtungsrecht beläßt er dann beim Verkäufer.[9]) Seckel hält es für das Entscheidende für den Übergang, ob der Nachfolger in die Gesamtposition eintritt oder nicht. Hierunter versteht er den Eintritt des Nachfolgers in das Rechtsverhältnis des Vorgängers derart, daß die Ausübung des Anfechtungsrechtes „die Rechtssphäre des Rechtsvorgängers nicht berühren würde", vielmehr „sich die

---

[5]) Salinger a. a. O. S. 89/90.

[6]) Schollmeyer, Komm. § 417 Anm. 1.

[7]) Crome § 203 S. 357 Anm. 7.

[8]) Seckel a. a. O. S. 225, 2a.

[9]) Seckel a. a. O. S. 226.

Anfechtungswirkungen in den Grenzen der eigenen Rechtssphäre des Sukzessors halten".[10]) In diesem Falle will Seckel das Anfechtungsrecht auch auf den Nachfolger übergehen lassen. Seine Auffassung möchten wir nicht teilen. U. E. dürften hierbei andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein.

Gäbe man in dem von Seckel konstruierten Falle dem Rechtsnachfolger das Anfechtungsrecht, so könnten und würden ihn oft ganz andere Gründe zu der Ausübung dieses Rechtes veranlassen als die, aus denen heraus das Anfechtungsrecht entstanden ist. Bestimmend könnte beispielsweise für ihn eine nachträglich eintretende Vermögensverschlechterung des Schuldners oder dergleichen sein; es würden dabei rein persönliche Interessen des neuen Gläubigers den Ausschlag geben, und das kann unmöglich vom Gesetz gewollt sein. Das Anfechtungsrecht basiert ja lediglich auf einem Mangel des Willens des Berechtigten; daraus ergibt sich, daß es mit der Persönlichkeit weit inniger verknüpft ist als mit irgendwelchen Vermögensrechten. Aus diesem Grunde halten wir es für unrichtig und ungesetzlich, dieses rein persönliche Recht auch dem Nachfolger zukommen zu lassen, selbst für den Fall, daß dieser in die Gesamtposition des Vorgängers eintritt. U. E. bleibt das Anfechtungsrecht bei dem ursprünglich Berechtigten.

Es würde ja dies auch nicht zu irgendwelchen Unbilligkeiten für den Nachfolger führen. Denn hat dieser

---

[10]) Seckel S. 228.

die Forderung unentgeltlich erworben, so dürfte ihm, falls sein Rechtsvorgänger nachträglich anficht, durch den Wegfall der Schenkung kein direkter nennenswerter Schaden entstanden sein, erfolgte die Zession entgeltlich, so kann er für den Fall der Anfechtung seine Gegenleistung mit der condictio zurückverlangen, geschah sie etwa in solutum, so bleibt der Vorkäuferzedent dem Zessionar nach § 365 BGB. verhaftet.[11])

Nehmen wir denselben Fall bei der Schuldübernahme: Der Käufer hat noch nicht erfüllt, und seine Schuld wird vor Kenntniserlangung des Anfechtungsgrundes von einem Dritten in Schenkungsabsicht übernommen.

Die Sache liegt dann sehr einfach. Ohne Zweifel ist hier der ursprünglich Anfechtungsberechtigte der höher Interessierte. Denn wollte man in diesem Falle dem Übernehmer das Anfechtungsrecht zusprechen, so hätte das den Erfolg, daß dieser mit der vollzogenen Anfechtung von der Leistung der übernommenen Schuld befreit wäre, der vordem Berechtigte indessen die Kaufsache zu restituieren hätte. Umgekehrt würde, wenn man das Anfechtungsrecht als höchstpersönliches Recht bei dem Urschuldner läßt, dies ohne weitere Bedeutung für den Übernehmer sein, wenn die Anfechtung unterbleibt, da dieser ja an und für sich die Absicht hatte, dem Urschuldner causa donandi etwas zuzuwenden.

Der Urschuldner wäre also, falls man das Anfechtungsrecht dem Übernehmer gäbe, im Falle der Anfechtung

---

[11]) Seckel a. a. O. S. 226 Anm. 3.

der allein Geschädigte. Dabei würde den Übernehmer zur Ausübung des Rechtes einzig sein pekuniäres Interesse bestimmen, nicht dagegen die Umstände, aus denen heraus das Anfechtungsrecht entstanden ist. Wir wollen dieses darum auch hier beim Urschuldner lassen.

Insoweit deckt sich übrigens wenigstens im Ergebnis unsere Anschauung mit der Seckelschen, der in beiden Fällen einen Eintritt des Nachfolgers in die Gesamtposition des Vorgängers nicht annimmt und das Anfechtungsrecht demnach beim ursprünglich Berechtigten beläßt.

Von seinem Grundsatz ausgehend, daß dem Übergange des Anfechtungsrechtes nichts im Wege stehe, wenn es nicht in die Rechtssphäre des Vorgängers eingreife,[12]) will Seckel es jedoch dem Nachfolger geben, wenn es sich um Übernahme einer Verbindlichkeit aus einem einseitigen Urschuldvertrage (Schenkungsversprechen) handelt, denn für diesen Fall habe ja der Urschuldner „nicht das mindeste materielle Interesse an der Anfechtung".[13])

Schon die Behauptung in dieser Allgemeinheit ist unrichtig. Denn in vielen Fällen wird sich der Übernehmer nur gegen Leistung eines Entgelts seitens des Urschuldners zur Übernahme verstehen. Dann hat der Urschuldner aber ohne Zweifel ein ganz bedeutendes materielles Interesse an der Anfechtung, da er hierdurch einen Anspruch auf Rückgabe der seinerseits für die Über-

---

[12]) Seckel S. 228.

[13]) Seckel S. 223/24.

nahme bewirkten Leistung erhält. Der Übernehmer jedoch hat in diesem Falle wenig oder gar kein Interesse, da er ja sein Äquivalent sicher hat.

Erbietet sich der Dritte zur unentgeltlichen Übernahme der Schuld, nun, so wird ihn der Umstand, daß man ihm das Anfechtungsrecht versagt, auch nicht zu schwer treffen, da er ja von vornherein die Absicht der Schenkung gehabt hat.

Im übrigen können wir an dieser Stelle nur wiederholen, was wir bereits oben bei der Forderungsabtretung als maßgebend hingestellt haben: Nicht das materielle Interesse soll den Ausschlag geben, sondern die Umstände, die das Anfechtungsrecht entstehen ließen. Diese liegen aber nur in der Person des Urschuldners.

Unsere Ansicht hat eine gewisse Stütze auch an dem Gesetz gefunden, insofern als sich nirgends im Bürgerlichen Gesetzbuch Andeutungen darüber finden, daß — sei es auch nur in gewissen Fällen — das Anfechtungsrecht etwa analog den Einreden auf den Rechtsnachfolger übergeht.

Seckel möchten wir noch entgegentreten, wenn er aus dem Grunde das Anfechtungsrecht beim ursprünglich Berechtigten läßt, um einen Eingriff in die Rechtssphäre des Vorgängers durch den Nachfolger zu vermeiden.[14]) U. E. wäre dabei auch wohl die Lage des Nachfolgers zu berücksichtigen. Übt der Urschuldner das Anfechtungsrecht

[14]) Seckel S. 228.

aus, so zeigen sich dessen Folgen nicht nur innerhalb seiner Rechtssphäre, ganz gewiß wird hierbei auch mehr oder weniger das Vermögen des Nachfolgers davon berührt. Man müßte also billigerweise im Falle einer Nachfolge auch dem Urschuldner die Ausübung seines Rechtes versagen; dies dürfte aber zu noch größeren Mißständen führen.

Wir entscheiden uns daher prinzipiell dafür, das Anfechtungsrecht beim ursprünglich Berechtigten zu lassen, da in seiner Person allein der Anfechtungs**grund** gegeben ist.[15])

§ 2.

Einwendungen, insbesond. die des § 417 Abs. 1 BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht den Ausdruck „Einrede" in zahllosen Fällen, ohne indessen eine hinreichende Definition hierfür zu geben. Wir werden sie kurz als „Leistungsverweigerungsrecht" charakterisieren können. Dies ist auch die Ausdrucksweise, deren sich das Gesetz in den meisten Fällen bedient, wenn es eine Ein-

---

[15]) Für unsere Ansicht, teilweise nur mit Beschränkung auf den Schuldübernehmer, Fischer-Henle § 417 Anm. 2; Langheineken S. 317; Oertmann Bd. 2 S. 341; Rehbein Bd. 2 S. 419 Anm. 6; Reichel, Zus. u. Ver. Anm. 2; Rappaport S. 90 ff.; Stammler S. 20; Staudinger S. 472; Strohal S. 95 ff.; v. Tuhr S. 226; Westerkamp S. 429 und Anm. 40; dagegen Eck S. 407 Anm. 4; Scherer, Komm. Bd. 1 § 143 Anm. 3; Zitelmann S. 35.

rede zulassen will. Als Beweis seien angeführt die §§ 202 Abs. 1, 222 Abs. 1, 273 Abs. 1, 322 Abs. 1.

Von der Einrede zu unterscheiden sind die Einwendungen i. e. S., die die Existenz des Anspruches gänzlich verneinen, z. B. Einwand der Zahlung. Soweit das Bürgerliche Gesetzbuch von Einrede spricht, meint es damit immer nur die obengenannte Einrede des materiellen Rechts, will es auch die prozessualen Einreden mitumfassen, so verwendet es stets den Ausdruck „Einwendungen" (§§ 334 u. 417 BGB.). Es werden dann hierdurch „alle Umstände bezeichnet, aus denen sich der Mangel des beanspruchten Rechtes ergibt".[1])

Für den Prozeß bieten sich dem Beklagten folgende Möglichkeiten, um den klägerischen Anspruch zu entkräften. Er kann:

1. leugnen, d. h. die den Klageanspruch begründenden Tatsachen bestreiten, oder

2. einen Einwand geltend machen; er gibt die Klagetatsachen zu, macht aber seinerseits neue Tatsachen geltend, aus denen sich ergibt, daß das klägerische Recht nicht zur Entstehung gelangt ist (sogen. rechtshindernde Tatsachen), oder zwar entstanden, inzwischen aber wieder erloschen ist (sogen. rechtsvernichtende Tatsachen), oder

3. eine Einrede geltend machen. Er gibt das Recht des Klägers zu, setzt ihm aber seinerseits das Recht entgegen, aus besonderen Gründen (z. B. Verjährung) die an sich geschuldete Leistung zu verweigern.

---

[1]) Planck Bd. 1 S. 54.

Bringen wir das eben Gesagte mit dem Anfechtungsrecht in Beziehung, so ergibt sich zunächst die Frage:

§ 3.

Erzeugt die Anfechtbarkeit einen Einwand?

Zu prüfen ist also, ob sich aus der Anfechtbarkeit ein rechtsvernichtender oder rechtshindernder Einwand herleiten läßt.

§ 142 BGB. bestimmt: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen“. Es ergibt sich daraus also, daß, sofern die Anfechtung unterbleibt oder ausgeschlossen ist, das Rechtsgeschäft als vollgültig anzusehen ist.

Allerdings finden sich auch Anschauungen, die zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit keinen Unterschied wissen wollen. Am krassesten wird diese Meinung vertreten von Rehbein.[1]) Er bezeichnet das anfechtbare Rechtsgeschäft als „mangelhaft und nichtig wie das nichtige“, leugnet das erst nachträgliche (nach erfolgter Anfechtung) Nichtigwerden und sieht einen Unterschied zwischen dem nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäft allein darin, daß bei diesem nur ein ganz bestimmter Berechtigter, dessen Recht betroffen werde, nicht dagegen ein Dritter, obwohl auch sein Interesse berührt wird, das mangelnde Recht geltend machen könne.

---

[1]) Rehbein Bd. 1 zu §§ 139—144 N. II, 2.

Ähnlich, wenn auch weniger rigoros, spricht sich Hölder[2]) aus, der das anfechtbare Rechtsgeschäft wenigstens als „partiell nichtig“ hinstellt.

Dem ist keinesfalls beizutreten. Das Gesetz gibt auch nicht den geringsten Anhalt für eine derartige Auffassung. Es würde ja dann zur Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ebenso wie beim nichtigen erneute Vornahme nötig sein; die für das betreffende Geschäft erforderlichen Formvorschriften wären also zu erfüllen. Demgegenüber betont aber § 144 BGB., daß bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft eine formlose Bestätigung genügt.[3])

Wir halten also fest, daß vor erfolgter Anfechtung das Rechtsgeschäft volle Gültigkeit hat, demnach ein rechtshindernder Einwand dem Berechtigten nicht zusteht.

Ebenso entfällt auch die rechtsvernichtende Einwendung, solange nicht angefochten wird. Erst wenn dies geschehen ist, ergibt sich eine rechtsvernichtende Tatsache, denn „gegenüber der Klage auf Erfüllung würde der Beklagte zugeben, daß das dem Anspruch zugrunde liegende Recht äußerlich gültig entstanden, und einwenden, daß es infolge eines besonderen Umstandes (der durchgeführten Anfechtung) wirkungslos sei“.[4]) Nur die erfolgte Anfechtung erzeugt demnach eine rechtsvernichtende Einwendung.

---

[2]) Hölder im Arch. f. ziv. Prax. S. 104 ff.

[3]) Bruck a. a. O. S. 29 Anm. 1.

[4]) Fontheim S. 54.

Da sich also aus der bloßen Anfechtbarkeit ein Einwand nicht herleiten läßt, werden wir weiterhin zu prüfen haben, ob das Anfechtungsrecht vielleicht in irgendeiner Beziehung zum Einrederecht steht, d. h. ein solches erstehen läßt, das dann ebenfalls unter die Einwendungen des § 417 Abs. 1 BGB. fallen würde.

§ 4.

Anfechtung und Einrede. — Begründet erstere ein Einrederecht?

Von verschiedener Seite sind in der Literatur Ansichten laut geworden, die das Anfechtungsrecht mit dem Einrederecht identifizieren oder wenigstens letzteres als einen Ausfluß des ersteren bezeichnen wollen.

Diese Anschauung wird beispielsweise vertreten von Hölder.[1]) „Die Berechtigung des Verpflichteten, die geschuldete Leistung zu verweigern, kann nicht in dem Sinne bestehen, daß diese trotz ihrer erfolgten Verweigerung geschuldet werde, sondern nur in dem Sinn, daß sie geschuldet ist als eine vom Verpflichteten nicht verweigerte, dagegen nicht geschuldet ist als eine vom Verpflichteten verweigerte, so daß ihre Verweigerung sie zu einer solchen macht, die nicht geschuldet war von dem Momente an, von dem an sie verweigert werden durfte. Die Einrede ist also nichts anderes als ein Anfechtungsrecht".

[1]) Hölder, Komm. Bd. 1 S. 406 ff.

Ähnlich, wenn auch etwas vorsichtiger, spricht sich Hellwig[2]) aus. In seinem „Anspruch und Klagerecht" identifiziert er zwar vollkommen das peremtorische Einrederecht mit dem Anfechtungsrecht, macht dabei aber sofort die Einschränkung, daß dieses Einrederecht nicht den Normen über die „technisch sogen. Anfechtung" unterstehe. Noch vorsichtiger äußert er sich an anderer Stelle,[3]) nämlich „daß es sehr wohl angängig ist, von der Anfechtungseinrede als dem Rechte, auf Grund der Anfechtung die Leistung dauernd zu verweigern, zu sprechen. Nur muß man sich immer bewußt sein, daß das Anfechtungsrecht keineswegs immer in einem Leistungsverweigerungsrecht besteht, und daß es, wenn es letzteres enthält, sich nicht in ihm erschöpft, sondern einen weitergehenden Inhalt hat".

Wir wollen nun im folgenden sehen, ob die aufgestellten Behauptungen wirklich den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und den Anschauungen der herrschenden Meinung entsprechen, und zu diesem Zwecke zunächst im folgenden Abschnitt die Einrede und das Anfechtungsrecht bezüglich ihrer Eigenschaften und ihres Wesens einer eingehenden Betrachtung unterziehen.

A. Begriffliche Verschiedenheiten zwischen Anfechtung und Einrede.

Wir hatten oben als Definition der Einrede festgestellt, daß sie ein „Leistungsverweigerungsrecht" sei.

---

[2]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 10.

[3]) Zivilprozeßrecht Bd. 1 S. 254/55.

Was den Inhalt einer Leistung bilden kann, finden wir in § 241 BGB., nämlich ein „Tun oder Unterlassen“. Das Recht, ein Tun oder Unterlassen zu fordern, übersetzt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 194 aber mit „Anspruch“. Es läßt sich daraus folgern, daß die Einrede immer das Vorhandensein eines Anspruchs, gegen den sie Platz greift, voraussetzt.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kann als Beweis für diese Ansicht genannt werden, spricht es doch selbst in einigen Fällen von einem „Anspruch, dem eine Einrede entgegensteht“ (vgl. z. B. § 813 Abs. 1 Satz 1).

Was stellt sich nun als Angriffsobjekt der Anfechtung dar?

§ 142 BGB. besagt: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen“. Die §§ 119 u. 123 BGB. sprechen von der Anfechtung einer Erklärung. Darin liegt jedoch kein Widerspruch. In diesem Paragraphen ist nur ein Teil für das Ganze eingesetzt, insofern als das Rechtsgeschäft sich aus Willenserklärungen — einer oder mehreren — zusammensetzt. Angefochten wird freilich nur die eine Erklärung, diese bewirkt aber, daß auch die Gegenerklärung, die gegenstandslos geworden ist, in sich zusammenfällt. Es wird also durch die Anfechtung der einen Erklärung das ganze Rechtsgeschäft berührt; insofern kann man auch sagen, daß die Anfechtung sich ohne weiteres gegen das Rechtsgeschäft selbst richtet. Wir kommen also zu dem Ergebnis:

Die Einrede kehrt sich immer gegen einen Anspruch, und zwar nur gegen diesen, das Anfechtungsrecht gegen den Bestand des ganzen Rechtsgeschäfts.

Welches sind nun die Wirkungen, die eine Einrede auf den ihr gegenüberstehenden Anspruch ausübt?

Selbstverständlich können Folgeerscheinungen überhaupt erst eintreten, wenn der Berechtigte von seiner Einredebefugnis Gebrauch gemacht hat. Man hat dann weiterhin zu unterscheiden, ob es sich um dilatorische Einreden, d. h. solche, die nur zu vorübergehender, oder peremtorische, die zu dauernder Leistungsverweigerung berechtigen, handelt.

Die dilatorische Einrede vermag naturgemäß den Anspruch in seiner Existenz nicht anzugreifen, sie berechtigt ja nur zur Leistungsverweigerung auf Zeit, entzieht also dem Anspruch nur vor der Hand seine Durchführbarkeit.

Bedenklicher steht es jedoch mit den peremtorisch gehemmten Ansprüchen. Hellwig[4]) steht auf dem Standpunkt, daß durch die Geltendmachung der Einrede, sei es im Prozeß oder außerprozessual, der Anspruch völlig getilgt werde. Er nimmt hierbei Bezug auf die in den Motiven angegebene Wirkung, wonach es nach Geltendmachung der Einrede „so anzusehen ist, als ob die Forderung rechtlich nie bestanden habe“.

Wie die Motive[5]) schreibt auch er dem Vorbringen

---

[4]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 9ff.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 832.

der Einrede rückwirkende Kraft zu, während er das Verhältnis bis zur Geltendmachung als ein schwebendes, und zwar resolutiv bedingtes bezeichnet.

Noch weiter geht Hölder[6]) mit der Behauptung, daß „jede begründete Einrede die Existenz des Anspruchs, gegen den sie Platz greift, ausschließt“. An anderer Stelle[7]) äußert er sich: „Was die Geltendmachung eines Anspruches ausschließt, das schließt auch seine Existenz aus“. Wird die Leistung verweigert, so gelte der Anspruch schon in dem Augenblick als erloschen, in welchem die Leistungsverweigerung überhaupt möglich und statthaft gewesen wäre.

Dieser so weitgehenden Auffassung ist u. E. in keinem Falle stattzugeben. Sie hat ja auch absolut keine Begründung im Gesetz gefunden. Wäre es der Wille des Gesetzgebers gewesen, der Einrede so weitgehende Bedeutung beizulegen, so hätte er dies zweifelsohne in irgendeiner Form im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht, wie es etwa bei der Erfüllung geschehen ist. Hier wird ausdrücklich das Erlöschen des Schuldverhältnisses als Folge ausgesprochen. Für die Einrede existiert aber eine derartige Bestimmung nicht, wir haben also keine Veranlassung, ihr eine so weitgehende Wirkung beizulegen.

Gehen wir auf die Beweisstücke Hellwigs etwas näher ein. Er führt vor allem die §§ 886, 1169, 1254

---

[6]) Hölder im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 80.

[7]) Hölder, Komm. S. 406.

BGB. ins Treffen [8]) und glaubt, damit einen schlagenden Beweis erbracht zu haben. „Als Normen, aus denen das wahre Wesen der Sache zu ermitteln ist, als Bestätigung des behaupteten Rechtsgedankens und nicht als Singularitäten“ seien die obigen Vorschriften aufzufassen.

Mit vollem Recht entgegnet hierauf Langheineken,[9]) daß die genannten Paragraphen jeden Zweifel über die Unrichtigkeit der Hellwigschen Ansicht ausschließen.

Nach § 886 BGB. kann der Einredeberechtigte von dem Gläubiger die Beseitigung der zur Sicherung seines Anspruchs eingetragenen Vormerkung verlangen. Wenn nun das „Verlangen“ nach Hellwigs Ansicht die Ausübung des Einrederechts bedeutet,[10]) so würde damit seiner Lehre zufolge der Anspruch erlöschen. Die wirkliche Rechtslage würde demnach mit der Eintragung im Grundbuch nicht im Einklang stehen, mit anderen Worten, das Grundbuch unrichtig sein. Dann hätte aber der Betroffene schon nach § 894 BGB. einen Berichtigungsanspruch, der § 886 BGB. wäre also vollständig überflüssig.

Zu einem gleichen Ergebnis kommen wir bei § 1169 BGB., demzufolge der Einredeberechtigte vom Gläubiger Verzicht auf seine Hypothek verlangen kann. Wollten wir das Recht des Eigentümers als eine „auf das totale Erlöschen der Pfandschuld zurückzuführende Folge“ auf-

---

[8]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 11 ff.

[9]) Langheineken a. a. O. S. 346.

[10]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 11 Anm. 11.

fassen,[11]) so ergäbe sich absolut kein Raum für einen nochmaligen Verzicht; auch hier könnten wir Hellwig auf den § 894 BGB. verweisen, der dem Eigentümer hinreichend Schutz gewährt.

§ 1254 BGB. statuiert das Recht des Verpfänders, dem eine dauernde Einrede gegen die Geltendmachung des Pfandrechts zur Seite steht, Rückgabe des Pfandes zu verlangen. Hier wäre der Pfandgläubiger, wollten wir ein Erlöschen des Pfandrechtsanspruchs annehmen, schon auf Grund des § 1223 BGB. zur Rückerstattung der Pfandsache verpflichtet.

Wozu also ein nochmaliger Schutz durch diese Paragraphen! Nein, wir werden entgegen der Ansicht Hellwigs in ihnen doch „Singularitäten" zu erblicken haben, die aus rein wirtschaftlichen Erwägungen heraus Aufnahme im Gesetz gefunden haben. Denn was nützte beispielsweise dem Pfandgläubiger die Pfandsache, wenn ihm das Einrederecht des anderen die Ausübung seines Rechts doch für ewige Zeiten unmöglich macht. Aus diesem Grunde gestattet das Gesetz die Rückforderung.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch § 813 BGB. angeführt:

„Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde".

---

[11]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 11 Anm. 12.

Wollte man auch hier Hellwigs Ausführungen gemäß auf Grund der Wirkung der peremtorischen Einrede einen Nichtanspruch konstruieren, so wäre die Rückforderung schon nach § 812 BGB. begründet. Für § 813 BGB. wäre also kein Raum mehr.

Hellwig[12]) beruft sich ferner auf den Urteilstenor bei einer Leistungsklage. Hat Beklagter von seiner Einredebefugnis Gebrauch gemacht, so wird Kläger abgewiesen. Die Klageabweisung erfolge nur aus dem Grunde, weil der Anspruch als getilgt anzusehen ist. Hellwig übersieht hierbei ganz, daß die Zivilprozeßordnung nur die beiden Möglichkeiten kennt, entweder die Klage abzuweisen oder ihr stattzugeben. Freilich würde ja die Tenorierung ganz ebenso gelautet haben, wenn Beklagter einen rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Einwand geltend gemacht hätte. Bei der peremtorischen Einrede aber erfolgt die Abweisung aus rein prozessualem Grunde, nämlich weil dem Kläger infolge der Geltendmachung der Einrede der Rechtsschutz aberkannt werden mußte. Den Anlaß zur Abweisung finden wir nicht in dem Tenor sondern in den Entscheidungsgründen. Die Klageabweisung will also nicht etwa sagen, daß der Anspruch untergegangen sei, sondern daß er „zwar bestehe, daß ihm aber eine Einrede entgegenstehe“.[13])

---

[12]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 12.

[13]) Fischer-Henle § 202 Anm. 6.

Wenn wir also die Wirkung der peremtorischen Einrede charakterisieren wollen, so können wir es nur dahin tun, daß sie ein dauerndes Recht gewährt, beim Vorgehen des Gegners im Wege der Klage durch ihre Geltendmachung eine Abweisung herbeizuführen, ohne daß dadurch der Anspruch eine materielle Änderung erfährt. Dieser besteht unangetastet bis in die Ewigkeit weiter, nur ist er, um mit den Worten Cromes zu reden, „für alle Zukunft lahmgelegt".

Übrigens hat Hölder seine Ansicht später geändert,[14] indem er nunmehr zwischen der gerichtlichen und der außergerichtlichen Geltendmachung der Einrede einen Unterschied macht und nur der ersteren in Verbindung mit dem ihr stattgebenden Urteil eine vernichtende Kraft zuschreibt; dagegen sei die private Leistungsverweigerung keine definitive. Mißt er also der außergerichtlichen Ausübung des Einrederechts keine endgültige anspruchsvernichtende Wirkung bei, so hat die Anfechtung mit dem Begriff der Einrede nichts gemein, denn die Anfechtung stellt sich, wie unten noch gezeigt werden soll, als rechtsgeschäftliche Willensbetätigung dar und hat als solche auch außerhalb des Prozesses Vernichtungskraft.

Die von Hölder und Hellwig aufgestellte Theorie findet fast nirgends in der Literatur Anklang. Abweisend stehen ihr entgegen außer Langheineken: Crome,[15]

---

[14]) ZZP. S. 72, 73.

[15]) Crome a. a. O. S. 556 Anm. 8.

Fischer,[16] Friedenthal,[17] Matthiaß,[18] Oertmann,[19] Suppes,[20] Staudinger[21] und Windscheid.[22])

Klipp und klar bezeichnet das Gesetz die Folgen der erfolgten Anfechtung. Nach § 142 BGB. tritt Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts ein.

Als zweiten Unterschied zwischen den beiden Begriffen stellen wir demnach fest: Die vorgeschützte Einrede läßt den Anspruch bei Bestand, die erfolgte Anfechtung vernichtet das Rechtsgeschäft vollständig.

Bezüglich der Form der Einredegeltendmachung herrscht Uneinigkeit. Da das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, neigt ein Teil der Autoren zu der Ansicht, daß jede Geltendmachung, sowohl die gerichtliche wie die außergerichtliche, genüge, indem dabei von dem Standpunkt ausgegangen wird, was nicht verboten ist, sei gestattet.

Das Einrederecht stellt sich ja freilich als ein Gegenrecht gegen den Anspruch dar. Für diesen gestattet das Gesetz aber auch die außergerichtliche Geltendmachung;

---

16) Fischer, Handausg. § 202 Anm. 6, Recht u. Rechtsschutz S. 109 Anm. 1.

17) Friedenthal S. 69.

18) Matthiaß a. a. O. S. 282.

19) Oertmann S. 590.

20) Suppes S. 38 ff.

21) Staudinger S. 631 ff.

22) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 214.

warum sollte man das Vorrecht des Anspruchs dem Verteidigungsmittel gegen ihn nicht auch zukommen lassen! In diesem Sinne wollen auch Crome[23]) und Hellwig[24]) die Möglichkeit der außerprozessualen wirksamen Berufung zulassen. Das ist uns nicht Beweis genug.

Freilich ist auch das außergerichtliche Vorbringen nicht ohne Bedeutung. Langheineken[25]) führt als Beispiel, daß auch die außerprozessuale Geltendmachung materiellrechtliche Wirkungen hervorbringt, u. a. den § 2188 BGB. an. Macht der mit einem Vermächtnis Beschwerte von seinem ihm auf Grund des § 2318 oder § 2187 BGB. zustehenden Kürzungsrecht Gebrauch, so erhält nach obigem Paragraphen auch der betroffene Vermächtnisnehmer ein verhältnismäßiges Kürzungsrecht bezüglich der ihm obliegenden Beschwerungen.

Aber auch Langheineken muß zugeben, daß „die Bedeutung der Geltendmachung der Einrede überwiegend auf prozessualem Gebiete“ liegt. Für die „Beachtlichkeit richterlicher Entscheidung“ ist die Vorschützung im Prozeß ganz unerläßlich.[26])

Auch im früheren Recht fand die Einrede vom Richter nur dann Berücksichtigung, wenn sie im Prozeß vom Berechtigten vorgebracht wurde. „Wenn nun“, so fährt

---

23) Crome Bd. 1 S. 184.

24) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 10/11.

25) Langheineken S. 341.

26) Langheineken a. a. O. S. 352.

Langheineken[27]) mit Bezug darauf fort, „die Berufung auf die Kontinuität der Rechtsentwicklung mehr als eine bloße Redensart sein soll, so muß ganz gewiß in dieser Frage an der bisherigen Auffassung festgehalten werden, zumal nicht ein einziges Moment angeführt werden kann, daß auf eine gegensätzliche Behandlung im neuen Rechte hinwiese“.

Ganz besonders scharf wird die Ansicht der gerichtlichen Geltendmachung von Friedenthal[28]) verfochten. Die Einreden richten sich gegen die Durchsetzung der Ansprüche, sie müßten darum auch dort ihren Platz haben, wo der Anspruchsberechtigte die Durchsetzung rechtswirksam betreiben kann. Diese Möglichkeit hat er aber nur im Prozeß. Geteilt wird diese Anschauung von Siber[28]) und Zitelmann.[30]) Die angeführten Autoren haben auf ihrer Seite auch die Motive, welche besagen: „Das letztere (Anfechtungsrecht) unterscheidet sich von ersterem (Einrederecht) dadurch, daß die Anfechtung ein einseitiges, den Anfechtenden bindendes Rechtsgeschäft ist, welches sowohl im Prozesse als außerhalb desselben erfolgen kann, ... während die Einrede nur im Prozeß mit Erfolg geltend gemacht werden kann“.[31])

Wir stellen uns also im Prinzip auf den Stand-

---

[27]) Langheineken a. a. O. S. 351.

[28]) Friedenthal a. a. O. S. 62 ff.

[29]) Siber a. a. O. S. 143.

[30]) Zitelmann, Komm. S. 29.

[31]) Mot. Bd. 1 S. 360.

punkt der gerichtlichen, d. h. prozessualen Geltendmachung der Einrede, wenn wir auch grundsätzlich nicht jede außerprozessuale Wirkung in materieller Hinsicht leugnen wollen.

Für die Geltendmachung der Anfechtung bestimmt das Gesetz in § 143 BGB.: „Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner". Die Anfechtung ist demnach eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, auf welche die §§ 130 ff. BGB. Anwendung finden. Sie kann formlos, auch stillschweigend erfolgen, erforderlich ist nur, daß der Wille des Erklärenden, das Rechtsgeschäft nicht gelten lassen zu wollen, deutlich und genügend hervortritt. Sie ist ein rein materielles Rechtsgeschäft und bedarf durchaus nicht des Erfordernisses gerichtlicher Geltendmachung.[32])

Freilich kann die Anfechtungserklärung auch im Prozeß abgegeben werden. Diese Erklärung stellt sich dann aber nicht als Einrede dar, sondern ist eine bloße rechtsgeschäftliche Äußerung und erst in zweiter Linie ein prozessuales Berufen auf die erfolgte Anfechtung.

Wir erhalten demnach als weiteres Ergebnis: Die Einrede gewinnt grundsätzlich Bedeutung durch ihre Geltendmachung im Prozeß, die Anfechtung kann auch außerprozessual erfolgen.

---

[32]) vgl. Fischer-Henle § 143 Anm. 1; Neumann § 143 Anm. 1; Planck Bd. 1 § 143; v. Staudinger § 143 Anm. 1; Türcke § 143 Anm. 1.

Als unwesentlichere Verschiedenheiten ergeben sich noch, daß die Einrede einer zeitlichen Beschränkung nicht unterliegt, während für das Anfechtungsrecht eine gesetzliche Ausschlußfrist bestimmt ist; macht ferner der Berechtigte von seinem Einrederecht Gebrauch, so will er damit nur seine eigenen Verpflichtungen abstreifen, der Anfechtende dagegen macht das ganze Rechtsgeschäft zunichte, rückwirkend bis auf den Moment der Entstehung; er gibt damit auch seine eigenen Rechte preis.

Das dürften Beweise genug dafür sein, daß begrifflich Einrede und Anfechtungsrecht miteinander nichts zu tun haben, daß wir darum keineswegs berechtigt sind, beide einander gleichzustellen.[33])

Wir haben in diesem Abschnitt gleichzeitig die Fundamentalansicht unserer Gegner, auf der die Identifizierung der beiden Begriffe hauptsächlich basiert, nämlich die Vernichtungskraft der (dauernden) Einrede, als unhaltbar abgelehnt und wollen nun im folgenden daran gehen, die gegnerische Ansicht auch aus dem Gesetzestext unter Bezugnahme auf die von der Gegenseite als Hauptbeweismittel angeführten Paragraphen zu widerlegen.

---

[33]) vgl. Fels a. a. O. § 13; Schlesinger a. a. O. § 6; Schlottmann a. a. O. S. 57.

B. Widerlegung der Gegenansicht aus dem Gesetzestext.

Hellwig[34]) läßt aus der Anfechtbarkeit eine bald dilatorische, bald peremtorische Einrede entstehen. Diese sei ja für den Bürgen in § 770 BGB. ausdrücklich anerkannt, ebenso wie für den Handelsgesellschafter in § 129 HGB.

Auch für den Schuldübernehmer müsse ein gleiches gelten. Es folge dies „unabweislich daraus, daß ihnen allen die nach Wegfall des umfassenderen Anfechtungsrechtes fortdauernde Einrede zweifellos zusteht". Für den Bürgen speziell ergebe sich die „dauernde" Einrede mit Rücksicht auf § 768 Abs. 2 BGB., da man nämlich bei Versagen der Einrede den Bürgen, der sich für eine anfechtbare Schuld verbürgt hat, haftbar sein lassen müßte, wenn der Hauptschuldner nachträglich bestätigt.[35])!

Gegen diese Ansicht wendet sich ganz entschieden Langheineken,[36]) zunächst schon gegen die Zubilligung einer „peremtorischen" Einrede. Dies sei mit den §§ 202 Abs. 2 und 770 Abs. 1 BGB. durchaus nicht in Einklang zu bringen, da in den genannten Paragraphen dem Bürgen aus der Anfechtbarkeit der Hauptschuld nur eine dilatorische Einrede gegeben sei.

---

[34]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 18.

[35]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 18 Anm. 40.

[36]) Langheineken S. 320.

Nun zu der anscheinenden Härte gegenüber dem Bürgen. Zweifellos hat dieser sein Einrederecht verloren, wenn die Anfechtungsfrist abgelaufen ist oder der Hauptschuldner bestätigt. Obgleich dieser es in der Hand hatte, den Bürgen zu befreien, muß er nun leisten. Aber kann denn darin eine Unbilligkeit gefunden werden für den Fall, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft beispielsweise durch einen Irrtum des Hauptschuldners zustande gekommen ist? Es bedeutete vielmehr eine Unbill für den Gläubiger, wenn er durch das Gewähren einer solchen Einrede an den Bürgen event. ganz um seine Forderung käme, weil er jetzt nur einen vielleicht zahlungsunfähigen Schuldner hat. Anders liegt es, wenn das Rechtsgeschäft wegen arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar ist; dann ist der Bürge ja hinreichend geschützt durch die Einrede aus der unerlaubten Handlung[37]) (§ 853 BGB.), die ihm ja zweifellos nach § 768 Abs. 2 BGB. zusteht.[38])

Hellwig[39]) gibt zu, daß im Hinblick auf § 770 BGB. in Verb. mit § 768 BGB. und auf § 1211 BGB. die Anfechtbarkeit keine Einrede zu begründen scheine, denn sonst würde sich ja der § 770 BGB., in welchem dem Bürgen die Befugnis gegeben wird, die Befriedigung des Gläubigers während der Dauer der Anfechtungsmöglichkeit

[37]) Auf die genannte Einrede wird später genauer eingegangen werden.

[38]) Langheineken a. a. O. S. 320.

[39]) Hellwig, Verträge S. 293.

durch den Hauptschuldner zu verweigern, als völlig überflüssig ergeben, da ihm ja nach § 768 BGB. schon sämtliche Einreden zustehen. Trotzdem folge aus §§ 853 und 2083 BGB., daß die Anfechtbarkeit eine Einrede begründe.[40])

Den Beweis soll hier erbringen das Wörtchen „auch", aus dem sich ergebe, daß die Einrede auch schon vorher bestanden habe, nach Wegfall des Anfechtungsrechts erstehe sie nicht erst neu, sondern sei ein „residuum". Für den § 853 BGB. sei auch noch der Umstand maßgebend, daß vor dem Verlust des Anfechtungsrechts die Stellung des Schuldners unmöglich schlechter sein könne als nachher.

Wenn sich Hellwig auf § 853 BGB. beruft, so dürfte dieses Argument als einigermaßen mißglückt anzusehen sein, denn in diesem Paragraphen dürfte das Anfechtungsrecht nicht inbegriffen sein. „Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist" (§ 853 BGB.). Kann man schon das Anfechtungsrecht nicht mit dem „Anspruch auf Aufhebung der Forderung" identifizieren, so spricht weiterhin dagegen, daß in dem Paragraphen ausdrücklich von „verjähren" die Rede ist, während für das Anfechtungsrecht doch eine Ausschlußfrist besteht.

---

[40]) Hellwig, Verträge S. 294/95; Anspruch u. Klagerecht S. 18 Anm. 40.

Wollten wir aber Hellwig trotzdem darin recht geben, so ist immer noch nicht einzusehen, warum die Stellung des Schuldners, wenn wir ihm die Einrede erst nach Wegfall des Anfechtungsrechts geben, schlechter sein soll als zuvor. Wir haben im vorigen Abschnitt gesehen, daß die Wirkungen des Anfechtungsrechts viel weitgehendere sind, als die der Einrede, zielt ja ersteres auf völlige Vernichtung ab. Steht dem Schuldner also in erster Linie das auch nach Hellwigs Ansicht „umfassendere" Anfechtungsrecht zu, so ist nicht einzusehen, warum dadurch seine Lage eine ungünstigere sein soll als nach Wegfall der Anfechtungsmöglichkeit, schützt ihn doch nachher nur noch seine dauernde Einrede.[41])

In bezug auf § 2083 BGB., der gleichfalls als Beweis dienen soll, bemerkt Langheineken,[42]) daß die Worte: „Er kann die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung ausgeschlossen ist" gleichbedeutend sind mit den Worten: „Er kann die Leistung noch[43]) verweigern, wenn die Anfechtung ausgeschlossen ist". Zum Beweise, daß das Einrederecht nicht schon vor dem Wegfall des Anfechtungsrechts begründet war, führt er § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB. an. Auch hier berechtige die Fassung des Gesetzes: „Er kann auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er

[41]) Fontheim S. 45.

[42]) Langheineken a. a. O. S. 318.

[43]) Fontheim identifiziert das Wort auch mit sogar. A. a. O. S. 44.

auf Grund der Wandlung oder Minderung dazu berechtigt sein würde", nicht zu der Annahme, daß auch vor Vollendung der Verjährung „die Leistung (Zahlung des Kaufpreises) hätte auf Grund der Wandlung oder Minderung verweigert werden können", d. h. also, so folgert Langheineken[44]) weiter, ebenso wie man aus § 2083 BGB. eine Einrede der Anfechtbarkeit ableiten will, müßte man auch aus § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB. eine Einrede der (vollzogenen) Wandelung oder Minderung herleiten. Eine solche sei aber nicht vorhanden.[45])

Man könnte Hellwig auch in anderer Weise entgegentreten. Der § 2083 BGB. gibt dem Beschwerten ein Einrederecht, auch wenn die Anfechtung nach § 2082 BGB. unmöglich ist. § 2080 BGB. gibt das Anfechtungsrecht jedem, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde. Es würde also auch unzweifelhaft hierzu zählen, wer ohne die letztwillige Verfügung als Vermächtnisnehmer oder Erbe berufen wäre. Nehmen wir nun an, daß das Anfechtungsrecht ein Einrederecht begründete, so müßte dieses auch dem anfechtungsberechtigten, nicht eingesetzten gesetzlichen Erben zustehen. Gegen wen aber sollte dieser es geltend machen? Die Folgerung daraus: Der Anfechtungsberechtigte hat kein Einrederecht.[46])

---

[44]) Langheineken a. a. O. S. 318.

[45]) Den Beweis hierfür erbringt Langheineken S. 314 ff.

[46]) Fontheim a. a. O. S. 44.

Schließlich hat man von gegnerischer Seite noch ein Beispiel aus dem Gebiete der Forderungsabtretung zum Beweise herangeholt. Es wird der Fall angeführt, daß eine Forderung durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft übertragen wird und der debitor cessus von der Anfechtbarkeit Kenntnis hat. Nach § 142 Abs. 2 BGB. wird derjenige, der die Anfechtbarkeit kennt, sofern später angefochten wird, genau so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte. Es solle sich nun für den debitor cessus bei Verneinung der Einrede eine „unerträgliche Situation“ ergeben, wenn der Zessionar vor erfolgter Anfechtung die Forderung einklagt. Leistet er nicht, so setzt er sich, falls die Anfechtung dann doch nicht erfolgt, einer kostenpflichtigen Verurteilung aus; leistet er, so wäre er auf Grund des § 142 BGB. nach erfolgter Anfechtung zur nochmaligen Zahlung an den Zedenten verpflichtet, da dieser ja nunmehr wegen der nichtigen Zession der einzig Berechtigte geblieben wäre.

Nun, so schlimm ist die Lage des debitor cessus sicherlich nicht. Denn einmal ist er ja nach § 409 Abs. 1 BGB. in Verb. mit § 410 Abs. 1 BGB. nur dann zu leisten verpflichtet, wenn ihm eine vom Zedenten über die Abtretung ausgestellte, auf den Zessionar lautende Urkunde vorgelegt wird, wodurch er hinreichend geschützt ist. Dann aber, und das gilt für den Fall, daß die Zessionsurkunde selbst anfechtbar sein sollte, ist er doch vollauf gesichert durch § 372 BGB., der ihm für diesen

Fall die Möglichkeit der Hinterlegung gibt.[47]) Als so „schwere Belastung" des Schuldners, wie Hellwig[48]) meint, wird man diesen Ausweg wohl sicherlich nicht empfinden können.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß das Anfechtungsrecht weder eine Einrede darstellt, noch eine solche gewährt, finden wir doch im Gesetz selbst absolut keinen Anhaltspunkt hierfür.

§ 5.

Die Deliktseinrede aus der arglistigen Täuschung.

§ 853 BGB. lautet: „Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist".

Der Paragraph setzt also das Bestehen eines Aufhebungsanspruchs voraus, neben dem dann hier auch eine unselbständige Einrede „gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung der Verbindlichkeit" gegeben ist.[1])

Wir wollen nun sehen, ob dem arglistig Getäuschten ein solcher Aufhebungsanspruch zur Seite steht.

Möglich ist ja, daß die arglistige Täuschung kausal für die Verletzung des Eigentums des Getäuschten sein

---

[47]) Langheineken a. a. O. S. 319; Planck Bd. 1 S. 254 Anm. 4.

[48]) Hellwig, Vertr. S. 294 Anm. 576.

[1]) Planck Bd. 1 § 222 Anm. 3c; Türcke § 853 Anm. 2.

kann,[2]) oder daß sie sich mit dem strafrechtlichen Betrug (§ 263 StGB.) deckt, also eine Vermögensbeschädigung in gewinnsüchtiger Absicht vorliegt; es würde in letzterem Falle ein Verstoß gegen ein bestehendes Schutzgesetz gegeben und der Schädigende zum Ersatz des entstandenen Schadens nach § 823 Abs. 2 BGB. verpflichtet sein.

Nun braucht freilich nicht immer einer der bezeichneten Fälle vorzuliegen; wir werden demnach, um eine Schadensersatzpflicht statuieren zu können, festzustellen haben, ob die arglistige Täuschung sich in allen Fällen als ein Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. darstellt.

Was unter „guten Sitten" zu verstehen ist, hat das Gesetz an keiner Stelle ausgesprochen. Die obersten Gerichte haben in einer Reihe von Fällen den jedesmaligen Verstoß bezw. Nichtverstoß gegen die guten Sitten festgestellt, jedoch ist dabei eine allgemeine Definition des Begriffes nicht gegeben worden. In einer seiner Entscheidungen (Bd. 48 S. 124) sagt das Reichsgericht hierzu: „Den Maßstab für den Begriff der guten Sitten hat der Richter aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, dem Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden".

Der reine Rechtsbegriff der „guten Sitten" ist hier demnach ersetzt worden „durch einen Begriff, der auch

---

[2]) v. Staudinger Bd. 1 S. 431.

dem allgemeinen Sprachgebrauch eigen, den Begriff des Anstandes".[3])

Maßgebend wird vor allem auch sein der im Verkehr herrschende Grundsatz von Treu und Glauben. Daraus ergibt sich bei Verträgen für die Kontrahenten in gewissem Maße eine Aufklärungspflicht. Täuscht der eine Kontrahent den anderen arglistig, so liegt ein Verstoß gegen die allgemein herrschende Sitte, gegen Treu und Glauben vor.

Die Motive[4]) bemerken hierzu: „Überall, wo jemand... durch arglistiges Handeln gegen Treu und Glauben einem andern einen Schaden zufügt, ... liegt auch eine, zwar kraft der allgemeinen Freiheit erlaubte, jedoch gegen die guten Sitten verstoßende ... widerrechtliche Handlung vor". Auch das Reichsgericht hat wiederholt die arglistige Täuschung als Verstoß gegen die guten Sitten bezeichnet.

Genannt seien:

RGE. 93 Bd. 62 S. 384: „... daß eine arglistige Täuschung des Vertragsgegners beim Vertragsabschluß gegen die guten Sitten verstößt und deshalb der Täuschende den dadurch einem anderen zugefügten Schaden gemäß § 826 BGB. zu ersetzen hat".

RGE. 46 Bd. 59 S. 156: „... das arglistige Täuschen verstößt gegen die guten Sitten".

---

[3]) Hagen a. a. O. S. 498.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 755.

Begründet demnach die arglistige Täuschung allemal einen Verstoß gegen die guten Sitten, so hat der Verletzte, gesetzt den Fall, daß auch eine Schadenszufügung im weitesten Sinne, also irgendeine „nachteilige Beeinflussung der Vermögenslage in ihrer Totalität“ [5] vorliegt, einen Ersatzanspruch gemäß § 826 BGB.

Die sich ergebende Schadensersatzpflicht aber besteht darin, daß der Verletzende nach § 249 BGB. „den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“. Der Zustand, der ohne die arglistige Täuschung bestehen würde, durch die jemand eine Forderung erlangt hat, „würde der gewesen sein, daß der andere die Forderung nicht auf sich genommen hätte; die Herstellung des früheren Zustandes besteht demgemäß in der Aufhebung der Forderung“.[6]

So auch Hellwig. In dem Schadensersatzanspruch „steckt als Hauptsache der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit“.[7]

Neben diesem Anspruch besteht die schon oben erwähnte Einrede, welche mit Rücksicht auf die für den Anspruch in § 195 BGB. statuierte Verjährungsfrist, nach deren Ablauf auch sie gegenstandslos würde, durch § 853 BGB. perpetuiert ist. Die Einrede geht unter

---

[5]) Oertmann Bd. 2 S. 1075.

[6]) Schreiber a. a. O. S. 300.

[7]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 15.

den Einwendungen des § 417 Abs. 1 BGB. natürlich auch auf den Schuldübernehmer über.[8])

§ 6.

Ist die Einrede des Bürgen aus § 770 Abs. 1 BGB. analog dem Schuldübernehmer zuzubilligen?

Es wird mehrfach in der Literatur die Ansicht vertreten, daß man aus Billigkeitsrücksichten dem Schuldübernehmer analog dem Bürgen die Einrede aus § 770 BGB. zugestehen müsse. Besonders verfochten wird diese Meinung von Reichel.[1]) Zwar entscheidet er sich nicht im Prinzip für die Analogie des Bürgschaftsrechts, doch will er § 770 Abs. 1 BGB. als „gemeinsames Recht für alle Interzessionsarten" gelten lassen.

Zugebilligt wird die Einrede dem Schuldübernehmer vor allem auch von Hellwig,[2]) ohne eingehendere Begründung, ferner noch von Oertmann,[3]) Staudinger,[4]) Strohal.[5])

Wir möchten uns dieser Ansicht nicht anschließen. Zunächst wenden wir uns gegen die Behauptung Reichels,

---

[8]) Langheineken S. 320; Planck § 853; v. Staudinger § 853; Strohal S. 97; Westerkamp S. 430.

[1]) Reichel a. a. O. S. 349/50.

[2]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 18.

[3]) Oertmann S. 295.

[4]) Staudinger S. 472.

[5]) Strohal S. 96 Anm. 143.

daß der § 770 Abs. 1 BGB. „gemeinsames Recht“ darstelle. Wenn dies wirklich die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, dann hätte er dies im Gesetz wohl mehr hervorgehoben und dem Paragraphen eine allgemeinere Fassung gegeben. Es war aber bei Festlegung des Gesetzes gar nicht ins Auge gefaßt worden, dem § 770 BGB. eine so weite Bedeutung beizulegen, er wurde vielmehr, wie Planck[6]) sagt, erst durch die zweite Kommission in den Gesetzestext eingereiht, einzig und allein, um die Position des Bürgen zu erleichtern. Auch er will darum dem Schuldübernehmer, ebenso wie Brattig,[7]) Detert,[8]) Langheineken,[9]) Salinger[10]) und Westerkamp[11]) die Einrede versagen.[12]) Detert hält ein Bedürfnis für die analoge Ausdehnung nicht gegeben. Der Übernehmer sei genügend gesichert, denn entweder habe er das Äquivalent für die Übernahme schon erhalten, oder er könne es noch verlangen, auch noch nach erfolgter Anfechtung des Schuldners, da er ein debitum geleistet habe. Der Schuldner würde gegen Treu und Glauben handeln, wollte er ihm das Äquivalent nicht zukommen lassen, weil jener ein indebitum geleistet. Schuld trage ja allein der Urschuldner, da er es unterlassen habe, recht-

[6]) Planck Bd. 2 S. 832 § 770,1.

[7]) Brattig S. 29.

[8]) Detert S. 71.

[9]) Langheineken S. 317.

[10]) Salinger S. 86.

[11]) Westerkamp S. 429.

zeitig anzufechten und dem Übernehmer dadurch die Einrede der Nichtigkeit zu verschaffen. Jetzt bleibe ihm nur noch die condictio gegen den Gläubiger. Diese Argumentation ist, wie Neteband[13]) sehr richtig bemerkt, nicht ganz einwandfrei, da ja in der nicht sofortigen Anfechtung nicht immer eine „schikanöse Verweigerung" derselben erblickt zu werden braucht. Den weiteren Ausführungen Netebands wollen wir uns indessen nicht anschließen, da auch wir die analoge Ausdehnung der Einrede für überflüssig halten.

Die Sachlage stellt sich praktisch u. E. folgendermaßen dar. Ist das Urschuldverhältnis wegen arglistiger Täuschung oder wegen Zwangs anfechtbar, so ist der Übernehmer, wie wir gesehen haben, hinreichend gesichert. Es kann sich also nur noch um den Fall der Anfechtbarkeit wegen Irrtums handeln. Wird der Übernehmer zur Leistung aufgefordert, so kann er den Urschuldner von dem Bestehen des Anfechtungsrechts benachrichtigen. Dieser hätte dann nach § 123 BGB. unverzüglich anzufechten.[14]) Der Übernehmer würde sich allerdings event. der Gefahr des Verzuges aussetzen, doch wäre dies ohne Bedeutung, wenn die Anfechtung erfolgt. Geschieht dies nicht, so würden die Vorzugsfolgen wegen der Kürze der in Frage kommenden Zeit auch nicht so schwerwiegende sein, und der Übernehmer würde sie sicher ohne weiteres

---

[12]) Planck Bd. 2 S. 302 Anm. 3.

[13]) Neteband S. 40.

[14]) Schlesinger S. 67.

auf sich nehmen, wenn das Äquivalent für die Übernahme für ihn einen hohen Wert hat. Will er das nicht, nun so muß er eben leisten. Es ist nicht einzusehen, warum gerade der Gläubiger durch die Zahlungsverweigerung einen Nachteil davon haben soll, wenn der Schuldner sich geirrt hat. Der Übernehmer überdies wird ja das Geleistete auch auf Grund der condictio gegen den Gläubiger wieder zurückerhalten, wenn die Anfechtung durch den Urschuldner später doch noch erfolgt.

Wir können jedenfalls in dem Versagen einer dem § 770 Abs. 1 BGB. analogen Einrede absolut keine Unbilligkeit für den Schuldübernehmer erblicken und wollen ihm darum eine solche als nicht auf dem Boden des Gesetzes stehend absprechen.

Schluß.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen ist demnach folgendes:

Das Anfechtungsrecht geht ipso iure auf den Übernehmer nicht über; auch eine Einwendung oder Einrede ließ sich aus der Anfechtbarkeit nicht herleiten, die analoge Ausdehnung der Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB. mußten wir gleichfalls ablehnen.

Der Schuldübernehmer ist demnach für den Fall einer Schadenszufügung nur durch die Einrede aus der arglistigen Täuschung gesichert und kann auf Grund dieser die Zahlung der übernommenen Schuld verweigern.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Georg Kroll, bin am 19. Mai 1888 zu Groß-Grauden, Kreis Kosel, geboren als Sohn des jetzigen Kgl. Domänenpächters Carl Kroll und seiner Ehefrau Beate Kroll geb. Titze zu Schönburg, Kreis Rybnik OS.

Ich bin katholischer Religion und preußischer Staatsangehörigkeit.

Von Ostern 1899 ab besuchte ich das Kgl. Gymnasium zu Leobschütz, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Die darauffolgenden Semester studierte ich zu Breslau, Berlin und Kiel Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 22. Dezember 1911 die erste juristische Staatsprüfung an dem Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau und im Juni 1912 das mündliche Doktorexamen vor der Juristischen Fakultät der Universität Breslau. Ich wurde sodann zu meiner Ausbildung dem Kgl. Amtsgericht zu Neurode als Referendar überwiesen.

Am 1. Oktober 1912 trat ich als Einjährig-Freiwilliger in das Ulanenregiment v. Katzler (Schles.) Nr. 2 in Gleiwitz (Oberschl.) ein.